最高法院刑事判決

115年度台上字第1691號

上　訴　人　田炯茂

選任辯護人　李承書律師

上列上訴人因加重詐欺案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國114年12月31日第二審判決（114年度金上訴字第2268號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署114年度偵字第5923號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理　由

一、本件原判決以上訴人田炯茂有如其事實欄所載之犯行，因而維持第一審依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯刑法第339條之4第1項第2款之三人以上共同詐欺取財罪刑(想像競合犯民國113年7月31日修正公布、同年8月2日生效施行之洗錢防制法第19條第1項後段之一般洗錢罪及刑法第216條、第210條之行使偽造私文書罪)，並諭知相關沒收之判決，駁回其在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

(一)行為後，因刑法法律之變更，致其規定之犯罪構成要件變更而有擴張或限縮時，必其行為同時該當修正前、後法律所定之犯罪構成要件，均應予科處刑罰時，始生刑法第2條第1項之比較適用問題。如行為時法律無處罰之規定，裁判時有刑罰規定者，此為刑法第1條所定關於罪刑法定原則及法律不溯及既往原則之問題，並無「從舊從輕」之比較可言。行為時法律有處罰之規定，裁判時已無處罰之明文（犯罪構成要件變更，或除罪化）者，則屬犯罪後之法律已廢止其刑罰之情形，應依刑事訴訟法第302條第4款規定諭知免訴判決，亦與新舊法之比較無涉。

上訴人行為後，113年7月31日制定公布、同年8月2日生效施行之詐欺犯罪危害防制條例(下稱修正前詐欺犯罪危害防制條例)固增訂第43條規定：「犯刑法第339條之4之罪，詐欺獲取之財物或財產上利益達新臺幣500萬元者，處3年以上10年以下有期徒刑，得併科新臺幣3000萬元以下罰金。因犯罪獲取之財物或財產上利益達新臺幣1億元者，處5年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣3億元以下罰金。」就犯刑法第339條之4之罪之情形，依其詐欺獲取之財物或財產上之利益達新臺幣(下同)500萬元或1億元以上，而異其刑罰輕重之法律效果。然該條規定之「詐欺獲取之財物或財產上之利益」，乃新增上訴人行為時所無之加重處罰之犯罪構成要件，依罪刑法定原則及法律不溯及既往原則，本無適用之餘地，依上開說明，自無新舊法比較之可言。

又115年1月21日修正公布、同年月23日生效施行前之詐欺犯罪危害防制條例第47條規定：「犯詐欺犯罪，在偵查及歷次審判中均自白，如有犯罪所得，自動繳交其犯罪所得者，減輕其刑；並因而使司法警察機關或檢察官得以扣押全部犯罪所得，或查獲發起、主持、操縱或指揮詐欺犯罪組織之人者，減輕或免除其刑。」所指「詐欺犯罪」，包括刑法第339條之4之加重詐欺罪（該條例第2條第1款第1目參照），且係新增法律所無之減免其刑規定，而各該減免其刑要件，與修正前詐欺犯罪危害防制條例第43條規定所定之加重處罰要件間，復無適用上之「依附及相互關聯」之關係，自應逕依刑法第2條第1項規定之從舊從輕原則，分別認定並整體比較而適用最有利於行為人之法律，尚無法律割裂適用之問題。又此為刑事訴訟法第163條第2項但書所定「對被告之利益有重大關係事項」，為法院應依職權調查者，亦不待行為人有所主張或請求，法院依法應負客觀上注意義務。

(二)依原判決之認定，上訴人於偵查及歷次審理時，均自白三人以上共同詐欺取財犯行，且稽之卷內訴訟資料，原審審判長於審判期日曉諭：「原審判決書第4頁有提到自動繳交犯罪

所得5萬元一事，但被告本案取款金額達500萬元，檢察官經過新舊法比較之後，起訴被告整體適用舊法，繳交犯罪所得是否可以減刑，本院目前無法保證，請被告自行決定是否繳交」等語，經上訴人答稱：「瞭解。如果我要請家人協助繳交，請等我到12月30日」等語(見原審卷第94頁)。參之卷附之原審公務電話查詢紀錄表記載：「職(按指書記官)：關於上週來電表示今天(按指114年12月22日)下午要幫被告田炯茂繳犯罪所得5萬元，經請示合議庭，合議庭表示目前沒有通知要繳。吳(按指上訴人之外婆吳安儀)：知道，希望法官刑期可以判輕一點，減一、兩個月也好。」等語(見原審卷第115頁)。足見上訴人之外婆已依上訴人之請託，而代向原審表達自動繳交犯罪所得5萬元之意思，上訴人於原審宣示判決前，仍未自動繳交其犯罪所得，係因原審未依上訴人之外婆請求，而消極未協助其代向原審法院辦理自動繳交所致，難認上訴人有怠於自動繳交其犯罪所得，而有可受歸責之情形。

原判決說明：上訴人固於偵查及歷次審判中均自白犯行，惟上訴人所犯之三人以上共同詐欺取財罪，因其詐騙金額已達500萬元，應整體適用修正前詐欺犯罪危害防制條例第43條、第47條前段及刑法第339條之4之規定，而為新舊法之綜合比較結果，因修正前詐欺犯罪危害防制條例第43條前段規定，其法定刑為有期徒刑「3年以上10年以下」，經依修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段規定減輕其刑後之最低度刑，為有期徒刑「1年6月以上9年11月以下」，較之刑法第339條之4之法定刑，並未較有利於上訴人，則上訴人縱自動繳交犯罪所得，仍無從適用修正前詐欺犯罪危害防制條例第47條前段之規定減輕其刑等語。依上開說明，原判決所踐行之訴訟程序，侵害上訴人之訴訟防禦權，並有適用法則不當之違誤，且已影響於判決結果。至原判決所援引本院113年度台上字第5176號判決，其基礎事實係：行為人所為之犯行，同時符合刑法第339條之4第1項第2款、第3款之規定，

而應依修正前詐欺犯罪危害防制條例第44條第1項規定，加重其刑至二分之一，此與同條例第43條規定，為新增犯罪構成要件之情形有別。二者基礎事實不同，尚無從比附援引。

三、以上，或為上訴意旨所指摘，或為本院得職權調查之事項。

又原判決上述違背法令情形，已影響刑罰減輕其刑事由存否之事實認定及科刑範圍辯論程序之踐行，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

又詐欺犯罪危害防制條例第43條、第47條等規定，已於115年1月21日修正公布，並於同年月23日生效施行。案經發回，宜一併注意及之，附此敘明。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　7　　月　　30　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　周政達

法　官　蘇素娥

法　官　楊皓清

法　官　吳秋宏

本件正本證明與原本無異

書記官　劉藝文

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　3　　日